Der Blutprobenbeweis, seine Zulässigkeit und Erzwingbarkeit

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Vorgelegt von

Rudolf Elias
Referendar.

1931

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0021

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Die Zulässigkeit des Beweises durch Blutuntersuchung

I. a) Einleitung 1

b) Der Begriff der „offenbaren Unmöglichkeit“ . .

c) Das Blutprobeverfahren und die Möglichkeit der negativen Vaterschaftsfeststellung durch dieses . . Die Frage der Erzwingbarkeit einer körperlichen Untersuchung und (bei II und IV) der Bluthergabe zur Blutgruppenuntersuchung . . . . . .

II. im Zivilprozeß. . . . . ,

A. a) Unter welche Art der in der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Beweismittel fällt der Beweis durch Blutuntersuchung? Geben diese eine Möglichkeit der zwangsweisen Blutentnahme? 10

1. Partei- und Zeugenbeweis . . . . .

2. Urkundenbeweis . . . . . .

3. Augenschein und Sachverständigenbeweis . .

b) Art. 114 RV. . . . . .

B. Ist im Falle einer Verweigerung der Bluthergabe § 286 ZPO. anwendbar? 20

C. Kurze Zusammenfassung der rechtlichen Beurteilung des Beweises durch Blutgruppenuntersuchung im Zivilprozeß. 23

III. in der Reichsversicherungsordnung. 23

IV. im Strafprozeß. . . . . , 27

a) Augenschein . . . . . .

b) körperliche Untersuchung . . . . . .

c) zwangsweise Blutentnahme . . . . . .

V. im Beamtenrecht. . . . . , 33

VI. de lege ferenda. 34

VII. Neue Wege. 34

Literaturverzeichnis.

Zivilprozeß.

Achilles-Spahn-Gebhard, Protokolle zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. IV.

Böhmer, DRZ. 1926, Seite 1608 ff. JW. 1930 Nr. 22.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. IV, Tübingen 1908.

Elwert, DRZ. 1919, Nr. 5.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Teil II. Familienrecht, 5. Bearbeitung von Theodor Kipp und Martin Wolff, Marburg 1925.

Fischer, Zeitschrift für das Heimatwesen 1926, Nr. 11.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1923.

Förster-Kann, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Berlin 1913.

Friedrichs, Der menschliche Körper als Beweismittel in Busch's Ztg. 19, 198.

Hellwig, JW. 1928 S. 870 ff. JW. 1930 Nr. 22. Jur. Rundschau 1929 Nr. 14/15, 16/17. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 1928 Nr. 8/9.

Henke, Blutprobe im Vaterschaftsbeweise, Verlag der ärztlichen Rundschau, Otto Gmelin, München 1928.

Kornel, Schweizerische Juristenzeitung 1926, Nr. 21.

Lattes, Die Individualität des Blutes, Uebersetzung von Schiff, Berlin 1925.

Meyer, Landgerichtsrat in Danzig: Der Beweiswert der Blutgruppenuntersuchung im Zivilprozeß bei streitiger Vaterschaft, Verlag Georg Stilke. Berlin 1928.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, IV. Bd. Familienrecht. 3. Aufl. Berlin 1906.

Raidt, DJZ. 1928, S. 232 ff.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, IV. Bd., Familienrecht, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Schiff, JW. 1927, S. 1186 ff. JW. 1925, S. 343 ff.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch II. Bd. 3. Aufl. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1926.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Bd. Familienrecht, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1926, erläutert von Dr. Theodor Engelmann, herausgegeben von Fritz Keidel.
Sachs, DJZ. 1929, Nr. 8.
Sperl, DJZ. 1927, Nr. 22.
Strassmann, Fritz, JW. 1928, S. 870.
Strassmann, Georg, JW. 1925, S. 2108.
Stein-Jonas, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 13. Aufl. Tübingen 1926.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Bd. Tübingen 1926.
Werkgärtner, JW. 1928, S. 867 ff.
Zangemeister u. Leonhard, JW. 1928, S. 867 ff.

Versicherungsrecht.

Kommentar zur Reichsversicherungsordnung, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsversicherungsamts Berlin 1927, Verlag Julius Springer.
Stier-Somlo, Handkommentar zur Reichsversicherungsordnung, München 1930.
Eu M = Entscheidungen u. Mitteilungen des Reichsversicherungsamtes.

Strafprozeß.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechtes, 2. Aufl. Breslau 1900.
Binding, Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 1. Aufl. Leipzig 1900.
Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechtes, Leipzig 1880.
John, Kommentar zur Strafprozeßordnung I, II, III. Erlangen 1884, 88, 89.
Kress, Der substantielle Mensch als Beweismittel im Strafverfahren in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 2. Jahrgang, München 1906.

Mergenthaler, Der lebende menschliche Körper im geltenden Strafprozeßrecht unter Berücksichtigung des Entwurfs. Diss. Bayreuth 1919.
Meyer, Arthur, Augenscheinseinnahme und Durchsuchung im geltenden Strafprozeßrecht. Strafrechtl. Abhandlg. 1911 Heft 128.
Möhring, Die körperliche Untersuchung im Strafprozeß und die Verwertung ihrer Ergebnisse, Berlin 1922.
Planck, System des Deutschen Strafverfahrens, Göttingen 1857.
Stenglein, Kommentar der Strafprozeßordnung, 3. Aufl. München 1898.

Beamtenrecht.

Brandt, A., Das Beamtenrecht, 3. Aufl. Berlin 1928.
v. Rheinbaben, Die preußischen Disziplinargesetze, 2. Aufl. 1911.

I.

Bei den sogenannten Vaterschaftsprozessen handelt es sich um zwei Arten von Prozessen. Einmal um die Alimentenklage des unehelichen Kindes gegen seinen angeblichen Erzeuger gem. § 1708 ff. BGB. oder um die Klage der Mutter auf Zahlung der Sechswochenkosten gem. § 1715 BGB. und weiterhin um die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes durch den Vater gem. § 1591 BGB.. In beiden Fällen wird häufig die Frage der offenbaren Unmöglichkeit der Abstammung des Kindes von dem angeblichen Vater eine Rolle spielen; denn hat der von dem unehelichen Kinde bezw. von der Mutter in Anspruch Genommene während der gesetzlichen Empfängniszeit der Mutter beigewohnt und kann er nicht den Nachweis einer Zweitbeiwohnung erbringen, so kann er der Unterhaltsverpflichtung oder der Verpflichtung zur Zahlung der Sechswochenkosten nur dadurch entgehen, daß er die offenbare Unmöglichkeit der Abstammung des Kindes von ihm nachweist (§ 1717 BGB.). Ebenso muß der Ehemann der Kindesmutter die den Umständen nach offenbare Unmöglichkeit der Abstammung des Kindes von ihm nachweisen, wenn seine Anfechtungsklage Erfolg haben soll, vorausgesetzt natürlich, daß die anderen Tatbestandsmerkmale des Paragraphen 1591 BGB. erfüllt sind.

Bis vor kurzem war es äußerst schwierig, diesen Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit zu führen. Es gab nur sehr wenige Fälle, bei deren Vorhandensein die Gerichte den Nachweis als erbracht ansahen. So galt z. B. die Abstammung eines Kindes von einem bestimmten Mann dann als offenbar unmöglich, wenn bei Beginn des Geschlechtsverkehrs mit diesem Manne die Kindesmutter bereits erweislich schwanger war.[1] Durch die in letzter Zeit bereits zahlreich angewandte Blutprobenuntersuchung ist nun ein wich-

1) Planck Anmerk. 2 zu § 1591; Staudinger Anmerk. 3 a zu § 1717; Crome § 617 II b S. 553; Neumond § 7, 2 S. 38; Enneccerus-Kipp § 75 IV S. 279.

tiges neues Mittel geschaffen worden, um den Nachweis der „offenbaren Unmöglichkeit" im Sinne der §§ 1591 und 1717 BGB. zu führen. Durch dieses Blutprobenverfahren kann nämlich festgestellt werden, daß ein Mann als Vater des Kindes nicht in Frage kommt. (Eine positive Vaterschaftsfeststellung ist dagegen, wie weiter unten noch dargelegt wird, durch Blutuntersuchung nicht möglich.) Da es nun, obwohl das Verfahren bereits von fast allen deutschen Gerichten für zulässig erachtet wird, immer noch Stimmen gibt, die auf dem Standpunkt stehen, daß Blutprobenuntersuchungen keine geeigneten Beweismittel seien, um die „offenbare Unmöglichkeit" nachzuweisen[2], soll zunächst auf das Verfahren selbst und die Zuverlässigkeit der durch dieses erzielten Ergebnisse eingegangen werden. Vorher aber muß noch kurz festgestellt werden, was „offenbare Unmöglichkeit" im Sinne der §§ 1591 und 1717 BGB. bedeutet. Die Ansichten hierüber sind getrennt. Bereits in der Kommission für das Gesetzbuch[3] wurden zwei Meinungen vertreten: Die eine forderte, daß die Abstammung als völlig ausgeschlossen scheint, die andere wollte sich mit einer außerordentlichen Unwahrscheinlichkeit begnügen. Der ersten Ansicht, die ein „völlig ausgeschlossen" verlangt, ist m. E. beizutreten. Denn das Wort „offenbar" ergibt, daß die Unmöglichkeit völlig zweifelsfrei und klar zu Tage treten muß.[4] „Die Empfängnis aus der betreffenden Beiwohnung muß mit dem gesunden Menschenverstande unvereinbar erscheinen, mag selbst eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit gegen sie sprechen."[5]

Kann nun durch das Blutprobenverfahren festgestellt werden, daß die Vaterschaft eines Mannes „völlig ausgeschlossen" ist? Daß die Empfängnis aus der betreffenden Beiwohnung mit dem gesunden Menschenverstande unvereinbar erscheint?[5]

Der Vaterschaftsbeweis durch Blutprobe geht davon aus, daß dem Kinde die Blutbeschaffenheit entweder vom Vater

2) DRZ. 1929, 356, 397; Ebermayer in „Arzt im Recht", 1930, S. 270.

3) Prot. IV. 464.

4) So Enneccerus-Kipp § 75, IV, S. 279; Zangemeister und Leonhard in JW. 1924, 1719.

5) So RG. Warn. 1908, Nr. 220; ähnlich RG. Warn. 1912, Nr. 171; RGRKomm. Anm. 2 zu § 1591; Sternberg JW. 1922, 1540.

oder von der Mutter vererbt wird, daß also sein Blut dieselbe Struktur haben muß wie das e i n e s seiner Eltern.[6] Weisen demnach Mutter und Kind verschiedene Blutgruppen auf, und entspricht die Gruppe des als Vater in Anspruch genommenen der des Kindes, so k a n n dieser Mann der Vater sein.

Er muß es aber nicht sein, da die Mutter das Kind von einem anderen Manne mit gleicher Blutbeschaffenheit empfangen haben kann. Gehören dagegen sowohl die Mutter wie auch der angebliche Erzeuger einer anderen Blutgruppe an wie das Kind, so kann der angebliche Vater nicht der wirkliche Vater des Kindes sein. Denn ist die Blutgruppenzugehörigkeit der Mutter nicht dieselbe wie die des Kindes, so müßte die des Vaters es sein.[7]

Hieraus ergibt sich also, wie bereits angedeutet, daß ein Beweis der Vaterschaft in positiver Hinsicht durch Blutuntersuchung überhaupt nicht erbracht werden kann. Festgestellt werden kann durch sie aber, ob ein bestimmter Mann als Vater in F r a g e kommt, oder ob es ausgeschlossen ist, daß er der Vater ist.[8]

Aber auch die Ausschließung eines bestimmten Mannes als Vater läßt sich nur in einer geringen Anzahl von Fällen feststellen (5% bis 10%).[9] Gehören nämlich Mutter und Kind der gleichen Blutgruppe an, so ist auch eine negative Vaterschaftsfeststellung nicht möglich; denn hat das Kind die Blutbeschaffenheit seiner Mutter geerbt, so kann man selbst aus der Zugehörigkeit des angeblichen Vaters zu derselben Blutgruppe nichts mehr entnehmen, da das Kind ja die Blutbeschaffenheit von Vater o d e r Mutter erbt, und dies hier dann von der Mutter geschehen sein kann.

Eine negative Vaterschaftsfeststellung ist ebenfalls auch dann nicht möglich, wenn das Kind nur sogenannte 0-Blutkörperchen besitzt.[10]

---

6) Kornell in Schweiz. JZ. 1925/6, Nr. 21, 327; Schiff in JW. 1925, 344; Werkgartner in JW. 1928, 867; Lattes S. 60 ff.; Meyer S. 10 ff.

7) Cornell in Schweiz. JZ. 1925/6, Nr. 21, 327; Schiff in JW. 1927, 344.

8) Schiff in JW. 1925, 343; 1927, 1168; Henke S. 27; Meyer S. 25

9) Schiff in JW. 1927, 1186.

10) Schiff in JW. 1925, 344.

Die Blutgruppenprobe selbst geht auf die Tatsache zurück, daß die roten Blutkörperchen eines Menschen, wenn sie mit dem Blutserum bestimmter Menschen zusammengebracht werden, zusammmengeballt werden, dagegen nicht, wenn sie mit dem Blutserum anderer Menschen zusammenkommen. Dies ist damit zu erklären, daß es zwei verschiedene biochemische Blutstrukturen gibt, die Blutstrukturen A und B, daß beide Blutstrukturen unabhängig von einander sind, sich aber auch nicht ausschließen. Je nachdem, ob das Blut eine oder beide Strukturen oder keine von ihnen besitzt, ergeben sich die 4 Gruppen: A, B, AB und O.[11]

Das Blutprobeverfahren selbst ist folgendes:

Man benötigt das Blutserum eines Menschen der Gruppe A und das eines Menschen der GruppeB. Einen Tropfen Serum mischt man nun mit einer Blutkörperchenaufschwemmung des zu Untersuchenden. Bei einem derartigen Mischungsversuch bestehen zwei Möglichkeiten: E n t w o d e r die beiden Blutproben sind von derselben Struktur, dann vertragen sie sich, d. h. die Blutkörperchen bleiben im fremden Serum ebenso verteilt wie im eigenen, o d e r die beiden Blutproben sind verschiedener Struktur und vertragen sich nicht, dann werden die Blutkörperchen im Serum zu einem Klumpen zusammengeballt, es kommt zu einer sogenannten Aglutination. Daraus nun, ob sich die Blutkörperchen im Blutserum A oder B oder AB aglutinieren oder nicht, läßt sich nun die Bluteigenschaft des Menschen, aus dessen Blut sie stammen, und damit seine Zugehörigkeit zu einer der 4 Gruppen feststellen.[12]

Die Sera A und B selbst werden von Fabriken in absolut sicherer und tadelloser Beschaffenheit bezogen. Um zu einem absolut sicheren Ergebnis zu kommen, müssen aber stets das Serum und die Blutkörperchen untersucht werden. Die Serumreaktion des zu Untersuchenden besteht darin, daß sein Serum wiederum die Fähigkeit hat, die Kontrollblutkörperchen der entgegengesetzten Blutgruppe aktiv zu agglutinieren. So werden Blutkörperchen der Gruppe A, nachdem sie in 0,9 prozentiger Kochsalzlösung aufgeschwemmt wor-

11) Schiff in JW. 1925, 344; Henke S. 14.

12) Schiff in JW. 1925, 343; Wergaertner in JW. 1928, 867; Fischer in Zeitschrift f. d. Heimatwesen 1926, 297, Henke S. 14 ff.

den sind, von dem Serum der Blutgruppe B und der Blutgruppe O agglutiniert, die Blutkörperchen B werden von dem Serum der Blutgruppe A und O agglutiniert, während die Blutkörperchenaufschwemmung A sowie auch B vom Serum eines Menschen der Blutgruppe O agglutiniert wird. Das Serum eines Menschen der Blutgruppe AB hat aber überhaupt keine Fähigkeit, Blutkörperchen zu agglutinieren.

Die Gegner des Blutprobeverfahrens stützen nun ihre Gegnerschaft auf 3 Argumente. Sie behaupten einmal, daß die Vererblichkeit der Blutkörperchenstrukturen noch nicht unbedingt feststehe, daß weiterhin nicht sicher erwiesen sei, daß die Blutkörperchenstrukturen während des ganzen Lebens unveränderlich bleiben und schließlich, daß die technische Feststellung der Blutgruppenzugehörigkeit in tatsächlich sicherer und einwandfreier Weise nicht möglich sei. Alle drei Angriffe gehen aber m. E. fehl, was weiter unten noch dargelegt werden wird.

Der Streit und die Zweifel über die Zulässigkeit des Blutprobenbeweises bestand bis in die allerletzte Zeit in besonders starkem Maße deshalb, weil das Kammergericht (8. Senat) in einem Beschluß vom 11. 10. 27[13] den Beweis der „offenbaren Unmöglichkeit" der Empfängnis durch Blutuntersuchung für unzulässig erklärt hatte. Es hielt die Zahl der bisher geführten Untersuchungen für zu gering, um ein abschließendes Bild schaffen zu können. „Auch die Vererblichkeit der Blutgruppen könne aus der Uebereinstimmung des Blutes des Kindes mit dem eines seiner Elternteile nur dann bewiesen werden, wenn die Zahl der Angehörigen der gleichen Blutgruppen im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung nur gering wäre, was aber nicht zutrifft." Des ferneren führte das Kammergericht aus, daß zwar im Jahre 1926 unter etwa 2000 untersuchten Kindern nur eine Ausnahme festgestellt worden sei. Solange aber die Möglichkeit besteht, daß nur ein einziges Kind vielleicht aus bisher noch nicht erforschten Gründen der aufgestellten Regel nicht unterworfen ist, kann von einer offenbaren Unmöglichkeit der Abstammung von Eltern einer anderen Blutgruppe nicht die Rede sein. Denn § 1717 Abs. I Satz 2 BGB. will jede auch nur entfernte Möglichkeit der Abstammung von dem Manne, der der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat, berück-

13) In JW. 1927, 2862.

sichtigen, zu Gunsten des Grundsatzes, daß das Kind nur von dem Unterhalt verlangen darf, der unzweifelhaft sein Erzeuger ist."

Diese Ausführungen des Kammmergerichts waren irrig; denn abgesehen davon, daß die in seinem Beschlusse angeführten Gutachten von Nürnberger und Abderhalden von ihm falsch aufgefaßt worden sind[14], ist nach fast übereinstimmender Ansicht der medizinischen Sachverständigen die Blutprobenforschung bereits soweit fortgeschritten, daß man das Ergebnis einer Blutprobenuntersuchung als durchaus sicher betrachten kann[15]. Auf 3 Grundlagen baut sich der Blutprobenbeweis auf; 1) muß die Blutgruppenzugehörigkeit eines Menschen durch sein ganzes Leben unveränderlich sein; 2) muß die Feststellung der Blutgruppenzugehörigkeit in einer nach menschlichem Ermessen durchaus sicheren Weise möglich sein und auch tatsächlich durchgeführt werden und 3) müssen durch tatsächliche Beobachtungen die von den Forschern aufgestellten Regeln für die Vererbung von Blutgruppen bewiesen sein.

Daß die erste Voraussetzung, Unveränderlichkeit der Blutgruppenzugehörigkeit während des ganzen Lebens, erfüllt ist, wird von ernsthaften Medizinern kaum noch bestritten. Auch Krankheiten des Blutes und Substanzen, die z. B. bei Salvarsankuren oder durch das Einnehmen von Arzneien in das Blut gelangen, rufen keine Veränderungen der Blutgruppenzugehörigkeit hervor.[16] Vereinzelte gegenteilige Beobachtungen, die in früheren Jahren festgestellt worden sein sollen, werden von allen maßgebenden Sachverständigen auf Fehlbestimmungen zurückgeführt.

Auch die Frage, ob die Blutgruppenzugehörigkeit fehlerfrei bestimmt werden kann oder ob durch dem Verfahren noch anhaftende Mängel Fehler unvermeidlich sind, ist allgemein dahin entschieden worden, daß bei einer sorgfältigen und den neuesten Ergebnissen angepaßten Untersuchung eine falsche Gruppenbestimmung nicht vorkommen kann.

Schließlich ist auch die dritte und vielleicht grundlegendste Frage, ob die Blutgruppen nach bestimmten Gesetzen

14) So Schiff bei Raidt, DJZ. 1928, 234; Hellwig in JW. 1928, 871; in Bl. f. Rechtspfl. 1928, Nr. 8/9, S. 81.

15) So Schiff in JW. 1927, 1186; Böhmer in DRZ. 1926, 1607; Werkgaertner in JW. 1928, 867 ff.; Straßmann in JW. 1928, S. 867.

16) Hellwig in JR. 1929, Nr. 14/15; Henke S. 16.

vererbt werden und ob diese Gesetze bewiesen sind, in bejahendem Sinne zu beantworten.

Es ist heute so gut wie von allen maßgebenden Forschern anerkannt, daß, wenn jemand Blutkörperchen von der Struktur A aufweist, entweder sein Vater oder seine Mutter oder auch beide entweder die Blutkörperchenstruktur A oder AB haben und ebenso bei der Blutkörperchenstruktur B, daß die Eltern oder doch einer von ihnen Blutkörperchen mit der Struktur B oder AB aufweisen. Nun besteht zwar auch unter denjenigen Forschern, die Ausnahmen von der Vererblichkeit der Blutkörperchen-Eigenschaften nicht anerkennen, eine Meinungsverschiedenheit. Einig sind sich zwar alle darüber, daß ein Kind mit der Blutkörperchenstruktur O niemals Eltern haben könne, die beide die Blutkörperstruktur AB besitzen. Streitig ist aber, ob ein Kind mit der Struktur O einen Vater oder eine Mutter haben kann, die die Blutkörperchenstruktur AB haben. Nach der Hirschfeld-Dungern'schen Theorie können aus einer Verbindung, bei der ein Elternteil die Blutkörperchenstruktur AB besitzt, Kinder hervorgehen, die die Struktur A oder B oder AB oder O haben. Nach der Bernstein'schen Theorie dagegen kann aus einer solchen Verbindung nur ein Kind mit der Struktur A oder B oder AB stammen, nicht aber mit der Struktur O. Wenn der eine Elternteil AB hat, der ander O, so sind nach Bernstein nur Kinder möglich mit den Strukturen A oder B, nicht aber solche mit den Strukturen O oder AB. Die Erfahrungen der letzten Jahre haben nun fast ausnahmslos die Richtigkeit der Bernstein'schen Hypothese bestätigt, sodaß auch Forscher, die bisher Anhänger der Hirschfeld-Dungern'schen Theorie waren, sich der Bernstein'schen angeschlossen haben.

Will man aber, und dies scheint mir unbedingt erforderlich, ganz sicher gehen, so muß man eben bis auf weiteres nur in denjenigen Fällen eine „offenbare Unmöglichkeit" als erwiesen ansehen, in denen es sowohl nach der Bernstein'schen als auch nach der Hirschfeld-Dungern'schen Theorie ausgeschlossen ist, daß das betreffende Kind von dem betreffenden Manne abstammen kann.

Wenn nun bei der Untersuchung von 5 000 Kindern und deren Eltern, worauf sich der zitierte Beschluß des Kammergerichts in erster Linie stützt, vereinzelte Fälle festgestellt

worden sein sollen, die den aufgestellten Vererbungsregeln widersprechen, so ist dies ausschließlich auf technische Fehler bei der Durchführung der Blutuntersuchung oder darauf, daß der als Vater Angegebene und Untersuchte tatsächlich garnicht Erzeuger des Kindes war, zurückzuführen. Man muß deshalb von vornherein damit rechnen, daß scheinbar regelwidrige Fälle in der Häufigkeit von etwa 1% auftreten. Eine wirklich sichere Ausnahme von den heute geltenden Vererbungsregeln ist aber auch noch nicht einmal festgestellt worden. Es ist also als unbedingt sicher anzusehen, daß eine Blutgruppenstruktur bei einem Kinde nur vorkommt, wenn mindestens ein Elternteil diese Struktur besitzt[17].

Aber auch die Möglichkeit einer vereinzelten Ausnahme von den Vererbungsregeln würde nicht gegen die Zulässigkeit des Beweises der „offenbaren Unmöglichkeit" durch Blutuntersuchung sprechen; denn bei allen, auch den allgemein anerkannten naturwissenschaftlichen Beweisführungen, und um eine solche handelt es sich auch hier, wie z. B. bei Feststellung der Zeugungsunfähigkeit des Mannes zur Zeit der Beiwohnung oder Schwangerschaft der Frau zu dieser Zeit, kann das Untersuchungsergebnis einmal ausnahmsweise nicht zutreffend sein. So führt Strassmann[18] aus, daß „die Blutuntersuchung keinem der übrigen in Vaterschaftsprozessen angewandten Beweismittel nachsteht". So kann z. B. die Feststellung der Zeugungsunfähigkeit im Allgemeinen mit keiner größeren Sicherheit getroffen werden als sie die Blutuntersuchung ergibt. „Selbst wenn wir 10 Präparate von Samenflüssigkeit mikroskopisch untersucht haben, ohne Samenfäden zu finden, so bleibt schließlich immer noch der Einwand, daß im elften Präparate vielleicht einzelne hätten gefunden werden können und daß es sich deshalb nicht um eine vollkommene Unfruchtbarkeit handeln könnte, sondern um eine sogenannte Oligospermie". Mit solchen Einschränkungen muß schließlich bei jeder medizinischen Untersuchung gerechnet werden. Ebenso bemerken Werkgartner[19] und Hellwig[20], daß in naturwissenschaftlichen Beweis-

17) Werkgartner in JW. 1928, 867 f.; Böhmer in DJZ. 1926, 1607 ff.
18) In JW. 1928, 870.
19) In JW. 1928, 869.
20) In JW. 1928, 871.

führungen unbedingte und restlose Gewißheit kaum je erreichbar wären. Wenn also auch der Blutgruppenbeweis wie überhaupt jede naturwissenschaftliche Beweisführung im mathematischen Sinne nicht vollen Beweis erbringt, so erbringt er ihn aber doch im naturwissenschaftlichen Sinne, und zwar mindestens mit der gleichen Sicherheit, wie sie mit anderen Beweismitteln erreicht werden kann". Das genügt aber auch, da der Beweis, den § 1717 Abs. 1 Satz 2 BGB. und § 1591 BGB. als möglich voraussetzen, der Natur der Sache nach nur ein naturwissenschaftlicher Beweis sein kann."[21]

Da also alle drei genannten Voraussetzungen, auf denen sich der Beweis durch Blutprobe aufbaut, als sicher und erwiesen zu betrachten sind, ist der Vaterschaftsausschluß im Sinne der §§ 1717 und 1591 BGB. durch ihn als zulässig zu erachten.

Diese Ueberzeugung hat sich heute bei fast allen maßgebenden Stellen durchgesetzt. Selbst der Italiener Lattes, dessen Forschungen grundlegend für den Ausbau des Blutprobenbeweises gewesen sind und der ursprünglich noch zur Vorsicht gemahnt hatte, ist nunmehr der Ansicht, daß die Blutgruppenprobe den höchsten Anforderungen an die Beweiskraft genügt.[22]

Auch der 8. Senat des Kammergerichts hat in allerletzter Zeit seinen Standpunkt endlich geändert. Er hält die Beweiskraft der Blutgruppenuntersuchung jetzt deshalb für erwiesen, weil trotz erheblichen Anwachsens der Zahl der untersuchten Fälle die Zahl der scheinbaren Ausnahmen unter den Einflüssen der fortschreitenden Verbesserungen der Technik sich vermindert hat. Er zieht daraus den Schluß, daß die bisher festgestellten „Ausnahmen" nicht etwa auf eine noch nicht ausreichend erforschte Gesetzmäßigkeit zurückzuführen sind, sondern daß sie in der Tat auf Fehlbestimmungen infolge von technischen Unvollkommenheiten oder Beobachtungsfehlern beruhen (Beschl. vom 4. 4. 1930. 8 W. 8587/29).

---

21) So Hellwig in JW. 1928, 871 und in JR. 1929 Nr. 14/15/16/17; ebenso Caro in JW. 1930, 1631.

22) Seite 192 ff.

Die Zahl der Gegner des Blutprobeverfahrens verringert sich also ständig und es ist deshalb anzunehmen, daß in absehbarer Zeit die Zulässigkeit des Beweises der „offenbaren Unmöglichkeit" durch Blutuntersuchung unbestritten sein wird.

II.

A.

Mit der Zulassung des Blutprobenbeweises wäre nun grundsätzlich ein wichtiges neues Beweismittel von hohem prozessualem Wert gefunden; denn wenn es auch nur in 5 bis 10% aller untersuchten Fälle gelingt, die Blutuntersuchung mit dem dargelegten Erfolge — daß jemand nicht der Vater sein kann — durchzuführen, so wäre dies bei der großen Anzahl der Vaterschaftsprozesse trotzdem schon ein bedeutender Fortschritt. Der Blutprobenbeweis kann sich in zweierlei Weise auswirken: Zu Gunsten und zu Ungunsten des Kindes. Zu Ungunsten des Kindes dadurch, daß der als Vater in Anspruch Genommene evtl. nachweisen kann, daß er als Vater nicht in Frage kommt, daß das Kind offenbar unmöglich aus seiner Beiwohnung stammen kann. Der andere Fall, daß das Kind durch den Blutprobenbeweis den Rechtstreit zu seinen Gunsten wenden kann, tritt dann ein, wenn es dem als Vater in Anspruch Genommenen gelingt, nachzuweisen, daß in der Empfängniszeit noch ein anderer Mann der Kindesmutter beigewohnt hat. Dann würde gem. § 1717 BGB. das Kind seiner Ansprüche auf Unterhalt, die Mutter ihrer Ansprüche auf Erstattung der Sechswochenkosten verlustig gehen. Kann nun aber durch Blutprobe nachgewiesen werden, daß der zweite Beischläfer der Mutter, der prozessual die Stellung eines Zeugen haben würde, als Erzeuger nicht in Frage kommt, so ist die exceptio plurium ihrer Wirkung beraubt, und der als Vater in Anspruch Genommene haftet dem Kind auf Alimente, der Mutter auf Ersatz der Sechswochenkosten. Zur Durchführung des Blutprobenbeweises ist es nun, wie Anfangs dargelegt, erforderlich, daß dem Sachverständigen einige Tropfen Blutes des Kindes, des als Vater in Anspruch Genommenen oder des Zweitbeiwohners und zumeist auch der Mutter zur Verfügung gestellt werden.

Die Untersuchung des Kindes und des angeblichen Vaters allein führt nur dann zu einem brauchbaren Ergebnis, wenn das Kind die Blutprobenstruktur O und der angebliche Vater die Struktur AB hat[1]. Es wird nun naturgemäß häufig vorkommen, daß eine der beteiligten Personen die Hergabe der erforderlichen Blutstropfen zur Untersuchung verweigert, wodurch das ganze Beweismittel illusorisch gemacht wird. Ist es nun möglich, eine beteiligte Person, sei sie Partei wie der angebliche Vater und das Kind, oder sei sie Zeuge wie im Alimentenprozeß die Mündelmutter und der Zweitbeiwohner, zur Hergabe der erforderlichen Blutstropfen zu zwingen? Diese Frage ist zu verneinen. Weder eine Bestimmung des formellen noch des materiellen Rechts gibt die Möglichkeit einer zwangsweisen Blutentnahme.

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, wird man zunächst feststellen müssen, ob überhaupt unter eine und evtl. unter welche Art der in der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Beweismittel der Blutprobenbeweis fällt.

Die Zivilprozeßordnung kennt als Beweismittel den Beweis durch Augenschein, durch Sachverständige, den Urkundenbeweis, den Zeugenbeweis und den Parteieid.

Daß Parteieid hier nicht in Frage kommt, bedarf keiner näheren Darlegung. Aber auch unter dem Begriff des Zeugenbeweises ist der Beweis durch Blutprobenuntersuchung keinesfalls unterzubringen. In Frage kommen könnte hier ja überhaupt nur der Fall, daß zur Untersuchung Blut des Zweitbeiwohners oder der Mündelmutter, die die prozessuale Stellung von Zeugen haben würden, benötigt wird. Denn der Zeuge muß stets ein Dritter sein. Soll die Blutprobe nur am Kinde und an dem angeblichen Vater vorgenommen werden, so kann von Zeugenbeweis von vornherein schon deshalb nicht die Rede sein, weil diese Partei und nicht Dritte sind. Zeugnis in einem Prozesse ablegen heißt nun aber, über sein Wissen von Tatsachen *aussagen*, über konkrete Wahrnehmungen *berichten*. Deshalb kann die Hergabe von Blutstropfen auch durch einen Zeugen nicht Zeugnis im Sinne der §§ 373 ff. ZPO. sein.

Eher als an Zeugenbeweis könnte man daran denken, den Blutprobenbeweis als eine Art Urkundenbeweis zu betrachten, oder richtiger, die Bestimmungen

1) Henke S. 22.

über den Beweis durch Urkunden analog anzuwenden. Der Beweiswert der Urkunde liegt in ihrem Inhalt, in der Erklärung, die ihr Aussteller in ihr abgegeben hat. Aehnlich liegt auch der Beweiswert der zur Untersuchung zur Verfügung gestellten Blutstropfen in ihrem Inhalt, nämlich in der Struktur der im Blute enthaltenen roten Blutkörperchen. Trotzdem aber sind prozessual eine Urkunde und Blut so wesensverschieden, daß auch eine analoge Anwendung der §§ 415 ff. ZPO. nicht in Frage kommen kann. Eine Urkunde im Sinne der §§ 415 ff. ZPO. ist „die Verkörperung einer Gedankenäußerung in vereinbarten Schriftzeichen"[2]. Eine Urkunde muß also etwas Gedankliches enthalten. Deshalb kann das Blut keinesfalls als einer Urkunde im geringsten vergleichbar betrachtet werden und demgemäß können die Bestimmungen über den Beweis durch Urkunden auch nicht analog auf den Beweis durch Blutuntersuchung angewandt werden, ganz abgesehen davon, daß eine praktische Durchführbarkeit der §§ 421 ff. ZPO. unmöglich wäre. Denn, wie noch weiter unten dargelegt werden wird, würde die Anwendung der Vorschriften über den Urkundenbeweis schon an § 422 ZPO. scheitern, da es keine Bestimmung des Bürgerlichen Rechtes gibt, nach der eine Prozeßpartei von der anderen die Hergabe von Blutstropfen verlangen kann.

Der Beweis durch Blutprobe ist m. A. als ein Beweis durch Augenschein verbunden mit einem Beweis durch Sachverständige zu betrachten (§ 144 ZPO., §§ 371 ZPO., §§ 402 ZPO.), wie er ja tagtäglich in der Praxis der Gerichte vorkommt.

Bei dem Beweis durch Blutprobe handelt es sich nun zwar um keinen reinen Augenschein und nachfolgende Untersuchung, da der Sachverständige ja das Blut nicht zur Besichtigung vorgelegt bekommt und es dann untersucht, sondern er muß vielmehr den zu untersuchenden Personen erst einige Tropfen Blutes abziehen. Trotzdem sind aber meiner Ansicht die Vorschriften über den Augenscheinsbeweis auf den Blutprobenbeweis anzuwenden; denn keine Bestimmung der Zivilprozeßordnung schreibt vor, daß das Augenscheinsobjekt dem Richter bezw. Sachverständigen fertig vorgelegt

2) Gaupp-Stein Anm. 1 vor § 415.

werden muß. Es ist vielmehr ohne weiteres als zulässig zu erachten, daß der Sachverständige erst durch eigene Tätigkeit, etwa wie hier durch Abzapfung einiger Tropfen Blut, durch einen Eingriff in den Körper eines Menschen oder Tieres, sich das erforderliche Augenscheinsobjekt verschafft.

Daß grundsätzlich der menschliche Körper oder Teile desselben ein geeignetes Augenscheinsobjekt abgeben, ist unbestritten; denn alles Sinnfällige, körperlich in die Erscheinung Tretende, kann besichtigt werden, ist im Sinne der ZPO. Gegenstand des Augenscheins. Es gibt hierbei keinen Unterschied zwischen lebenden und leblosen Wesen, nicht zwischen Tieren und Menschen, zwischen Parteien und dritten Personen. Alle können Gegenstand des Augenscheins sein, also auch der menschliche Körper. Kann aber der menschliche Körper als Ganzes als Augenscheinsobjekt dienen, so bestehen keinerlei Bedenken, auch einzelne Teile desselben oder Teile seiner Substanz, wie es das Blut ist, als geeigneten Augenscheingegenstand zu betrachten[3].

Durch den Augenschein kann entweder das entscheidende Beweisthema, das rechtserzeugende Faktum selbst festgestellt werden wie z. B. die Geisteskrankheit eines Menschen oder auch nur eine als bloßes Indiz für die Wahrheit des Beweisthemas in Betracht kommende Eigenschaft, wie z. B. eine Wunde am Körper des auf Schadensersatz Klagenden, die einen Schluß auf die Täterschaft zuläßt. Der Augenschein der ZPO. erfaßt auch nicht nur mit den Augen wahrnehmbare Erscheinungen, sondern alle Wahrnehmungen der Sinne: Gesicht, Gehör, Geruch, Gefühl und Geschmack.

Die Antretung des Beweises durch Augenschein geschieht gem. § 371 ZPO. durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins und durch die Angabe der zu beweisenden Tatsachen. Die Durchführung geschieht in der Regel in der Weise, daß das Gericht der betreffenden Partei oder evtl. auch einem Zeugen die Vorlegung des Augenscheinsobjektes aufgibt und dieses besichtigt, um dann aus der Besichtigung seine Schlüsse zu ziehen. Zu der Besichtigung kann gemäß § 372 ZPO. das Gericht, wenn es sich nicht für genügend sachkundig hält, einen oder mehrere Sachverständige hinzuziehen. Die Hinzu-

---

3) Sydow-Busch Anm. 1 zu § 371.

ziehung der Sachverständigen kann entweder dem Zwecke dienen, den Richter bei seiner Wahrnehmung zu unterstützen, oder dem Zwecke, dem Sachverständigen Gelegenheit zu geben, sein Gutachten vorzubereiten. Soweit nun der Augenschein lediglich zu dem Zwecke erfolgt, dem Sachverständigen die Erstattung eines Gutachtens zu ermöglichen, weil z. B. der Richter mangels Sachkunde garnicht in der Lage ist, aus dem Augenschein selbst Schlüsse ziehen zu können, besteht, da das Gesetz sich in keiner Weise darüber ausläßt, kein Hinderungsgrund, daß bei der Augenscheinnahme der Richter sich durch den Sachverständigen vertreten läßt, an dem Augenschein selbst also garnicht teilnimmt[4]. In dieser letzteren Weise spielt sich der Blutprobenbeweis ab. Der Sachverständige zapft den betreffenden Personen die Blutsproben, derer er zur Untersuchung bedarf, ab, nimmt dann in der in Teil I. geschilderten Weise seine Untersuchung vor und erstattet schließlich sein Gutachten.

Praktisch sind hierbei folgende Fälle möglich:

1. Der Beklagte B, dem der Nachweis der mehreren Beischläfer nicht gelungen ist, will nachweisen, daß der Kläger nicht von ihm abstammen könne. Dann ist zur Untersuchung Blut des B, des Klägers K und in den meisten Fällen auch der Kindesmutter M, die prozessual Zeugin ist, erforderlich.

2. Der Beklagte B hat mit Erfolg die exceptio plurium geltend gemacht. Der Kläger K will nachweisen, daß der zweite Beischläfer als Vater nicht in Frage kommt. Dann ist zur Untersuchung Blut des zweiten Beischläfers, des Zeugen Z, des K und wahrscheinlich in den meisten Fällen auch der Mutter M erforderlich.

Angenommen eine der Personen, deren Blut zur Untersuchung erforderlich ist, sei sie Partei oder Zeuge, verweigert die Hergabe des Blutes. Wie dargelegt, sind nun auf die Hergabe der Blutstropfen zur Untersuchung die Vorschriften über den Beweis durch Augenschein analog anzuwenden. Bieten diese eine Möglichkeit, die Personen, die das Augenscheinsobjekt im Besitz haben, dessen Vorlegung aber verweigern,

4) Gaupp-Stein II vor § 371; RG. 31, 366.

dazu zu zwingen? Und wenn ja, kann der Zwang auch so weit ausgedehnt werden, daß die betreffende Person sich einige Blutstropfen abzapfen lassen muß? Diese Frage ist zu verneinen[5]. Das Gesetz enthält keinerlei Vorschrift, inwieweit die Einnahme des Augenscheins zu dulden oder ihr Objekt vorzulegen ist; denn aus den §§ 144 und 371 ff. ZPO. kann keine Verpflichtung der Parteien oder gar Dritter hierzu hergeleitet werden. Bei der Frage der Erzwingbarkeit des Augenscheins am menschlichen Körper ist man früher vielfach von einem falschen Gesichtspunkt ausgegangen. Man glaubte nämlich, die Grundsätze über die Pflicht zur Vorlegung von Sachen so weit auslegen zu können, daß auch der Mensch sich die Untersuchung seines Körpers gefallen lassen müsse. So stellte Friedrich's[6] sogar den Satz auf: „Wenn die körperliche Untersuchung als Urkundenbeweis gedacht ist, so ist § 394 (jetzt § 429) ZPO. anzuwenden. „Wäre Friedrichs Ansicht richtig, so könnte z. B. ein Dritter, der sich zum Zeichen des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes auf seinen Körper ein Zeichen hat tätowieren lassen, ohne Weiteres gemäß §§ 429 ZPO. 810 BGB. 883 ZPO. vom Gerichtsvollzieher gewaltsam vor Gericht geschleppt und dort quasi als Urkunde präsentiert werden. Diejenigen, die diese Ansicht vertreten, übersehen dabei, daß der Mensch, auch wenn sein Körper als Augenscheinsobjekt zu Beweiszwecken geeignet ist, doch stets „Mensch" bleibt und niemals zur „Sache" wird, — was weiter unten noch darzulegen ist — und daß infolgedessen die Grundsätze über die Vorlegung und Besichtigung von Sachen nicht einmal analoge Anwendung finden können, wenn es sich um die Frage der Verpflichtung des Menschen zur Duldung der Besichtigung seines Körpers handelt. Der lebende Mensch und sein Körper sind identisch; eine begriffliche Trennung ist nicht denkbar. Eine „Sache" dagegen ist ein körperlicher Gegenstand außerhalb des Menschen, über welchen er seine Herrschaft ausüben kann. Der Mensch als Rechtssubjekt und die seiner Herrschaft, unterliegenden Sachen sind begriffliche Ge-

---

5) So Gaupp-Stein Anm. III zu § 144; Förster-Kann Anm. 3 c vor § 371; Sydow-Busch Anm. 1 zu § 371; a. M.: Häusler in ziv. Arch. 62, 266; RG. in Entschdg. v. 5. 6. 1930, IV, 188/1930.

6) In Busch's Z. 19, 398.

gensätze. Also kann der menschliche Körper niemals identisch sein mit einer „Sache" im juristischen Sinne[7]. Nun kann zwar der Mensch mitunter Gegenstand der subjektiven Berechtigung eines Anderen sein. So ist z. B. jeder Ehegatte nach § 1353 BGB. dem anderen gegenüber zur Erfüllung der ehelichen Pflichten verpflichtet. Doch diese subjektive Berechtigung gibt dem anderen Teile niemals die Möglichkeit und das Recht der Herrschaftsausübung über den Körper des anderen. Eine Sache ist aber immer, wie bereits ausgeführt, ein körperlicher Gegenstand, über den der Mensch die Herrschaft ausüben kann und darf.

Daß der Mensch keine „Sache" ist, hat die Rechtsprechung auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß ein Vertrag, durch den z. B. ein Vater seinen Sohn einem anderen gegen Vergütung an Kindesstatt überläßt, nach § 138 BGB. nichtig ist. Wäre der Mensch eine Sache, so läge keinerlei Anlaß vor, einen derartigen Vertrag irgendwie beanstandenswert zu finden. Ist der Mensch aber keine Sache, so sind die §§ 809 ff. BGB. von vornherein nicht anwendbar. Es kann also auf Grund dieser Vorschriften von einem lebenden Menschen keinesfalls verlangt werden, daß er seinen Körper zum Augenschein oder zur ärztlichen Untersuchung stellt[8]. Damit steht aber auch fest, daß keinerlei Zwang ausgeübt werden kann, Blutstropfen zur Blutuntersuchung hinzugeben. Blut kann zwar allgemein manchmal zur Sache werden, wie z. B. Tierblut. Nie kann aber Blut im Körper eines Lebenden, ein Bestandteil des Körpers also, zur Sache werden, wenn nicht einmal der Körper als solcher eine Sache ist.

Auch das formelle Recht bietet keinerlei Handhabe, einen Menschen zu zwingen, seinen Körper zum Augenschein oder gar zu einer Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Man könnte zwar zunächst an eine Heranziehung der Vorschriften über die Urkundenedition denken. Aber auch diese Vorschriften könnten einen Zwang zur Duldung der Besichtigung des menschlichen Körpers nicht rechtfertigen[9], was bereits aus

---

7) Reusnitz im Recht 1903, Seite 594.

8) Staud. Anm. II, 10 zu § 809; Soergel Anm. I zu § 809; Fischer-Henle Anm. I zu § 809.

9) Gaupp-Stein Anm. III vor § 371.

meinen Ausführungen bei Behandlung der Frage, ob der Blutprobenbeweis als eine Art Urkundenbeweis aufgefaßt werden kann, hervorgeht.

Eine Urkunde ist immer eine „Sache", der Mensch ist nie eine „Sache". Er bleibt immer Mensch, Rechtssubjekt, auch wenn er mit seiner Substanz dem Augenschein unterworfen wird oder als Urkunde zu Beweiszwecken dient. Letzteres ist an und für sich ohne weiteres möglich, so z. B., wenn eine Nachricht in die Haut eines Menschen eingeritzt ist. (Ich erinnere an den Sklaven des Histiaeus von Milet bei Herodot, auf dessen Kopfhaut Histiaeus eine Nachricht für Aristagoras eintrug.) Eine derartige Nachricht kann der Richter zwar wie eine Urkunde werten. Damit ist die Analogie zwischen Mensch und Urkunde, also zwischen Mensch und Sache, aber erschöpft. Der Mensch bleibt Rechtssubjekt, also das begriffliche Gegenstück zur Sache und damit zur Urkunde. Im Uebrigen kann man auch aus der Tatsache, daß die Bestimmungen über den Augenschein eine den §§ 421 ff. ZPO. ähnliche Vorschrift nicht aufweisen, schließen, daß der Gesetzgeber nicht einmal die Erzwingung der Vorlegung von Sachen als Augenscheinsobjekte auf dem in §§ 421 ff. ZPO. vorgeschriebenen Wege gewollt hat, geschweige denn die Erzwingung der Duldung einer Besichtigung eines menschlichen Körpers.

Auch die Pflicht, Zeugnis abzulegen, ist von der Pflicht, den menschlichen Körper besichtigen zu lassen, grundsätzlich verschieden. Die Vorschriften für den Zeugenbeweis sind deshalb unverwertbar. Ein Zeuge hat auszusagen, über Wahrnehmungen zu berichten; der Mensch, der als Augenscheinsobjekt dienen soll, hat schweigend zu dulden. Auch schlafend oder in bewußtlosem Zustand könnte er besichtigt werden, aber nicht aussagen. Daß die Vorschriften über den Zeugenbeweis analog nicht anwendbar sind, folgt auch noch aus folgendem: Wäre die Pflicht, auszusagen, mit der Pflicht eine körperliche Besichtigung oder Untersuchung zu dulden, auf gleiche Stufe zu stellen, so müßten folgerichtig auch die Vorschriften über das Zeugnisverweigerungsrecht das Recht zur Verweigerung der körperlichen Besichtigung zugestehen. Das Zeugnisverweigerungsrecht findet seine Begründung darin, daß Zeugen nicht in den Gewissenskonflikt gebracht werden sollen, ungünstig gegen Angehörige aussagen zu müssen, sich selbst bloßzustellen, oder sich evtl. strafrechtlich zu belasten.

Alle diese Gründe sind bei einer körperlichen Besichtigung ausgeschlossen.

Schließlich läßt sich auch aus der Erscheinungspflicht der Partei nach § 141 ZPO. oder des Zeugen nach § 380 ZPO. eine Pflicht zur Duldung der Besichtigung des Körpers nicht ableiten[10]. Dies folgt bei § 141 ZPO. schon daraus, daß anstelle der Partei selbst ein mit den nach Absatz 3 erforderlichen Vollmachten versehener Vertreter erscheinen kann. Stellt aber das Gesetz die Partei und einen derartigen Vertreter gleich, so läßt sich erkennen, daß es nicht der Zweck des § 141 ZPO. sein kann, die körperliche Anwesenheit der Partei zu erzwingen und damit dem Richter die Möglichkeit der Augenscheinseinnahme zu geben, sondern daß § 141 ZPO. nur die schnellere und gründlichere Klärung des Prozeßstoffes und evtl. die vergleichsweise Beeendigung des Rechtsstreits durch Vermittlung des Gerichts ermöglichen will.

Im Gegensatz zu § 619 ZPO. und § 380 ZPO. läßt § 141 ZPO. ja nicht einmal die zwangsweise Vorführung der ausgebliebenen Partei zu[11].

Der Zweck des § 380 ZPO. ist einzig und allein darin zu erblicken, zu verhindern, daß ein Zeuge, also ein Dritter, der Tatsachen bekunden soll, sei es aus Interesselosigkeit oder aus Furcht, sich selbst zu belasten, sich der Vernehmung entzieht. § 380 ZPO. will dem Beweisführer nur die Durchführung des Zeugenbeweises ermöglichen, er ist aber keinesfalls dazu da, um im Wege der Vorladung als Zeuge einen Dritten zum Erscheinen vor Gericht zu zwingen, um auf diese Weise eine Augenscheinseinnahme zu ermöglichen.

Etwa eine allgemeine Vorlegungspflicht nach Art der in §§ 95 ff. StPO. aufgestellten anzunehmen, wäre sowohl mit den Schranken der Pflicht zur Urkundenvorlegung durch eine Partei als auch mit der Zeugnispflicht im Zivilprozesse unvereinbar. Eine Vorlegungspflicht zu konstruieren, würde einen über die Zeugnispflicht hinausgehenden, tief einschneidenden Eingriff in die Privatrechtssphäre bilden, für dessen Zulässigkeit das Gesetz keinerlei Anhalt bietet, genau so, wie man daraus keine Verpflichtung, sich einer körperlichen Besichtigung zu unterziehen, ableiten kann[12].

10) Sydow-Busch Anm. II zu § 141; Gaupp-Stein Anm. III zu § 371.
11) Sydow-Busch Anm. 5 zu § 141.
12) Förster-Kann Anm. 3 a vor § 361.

Bei dem jetzigen Stande der Gesetzgebung ist also zwar die Benutzung des menschlichen Körpers als Augenscheinsobjekt unbedingt als statthaft zu betrachten. Die beweisrechtliche Statthaftigkeit ist aber streng zu unterscheiden von der öffentlich-rechtlichen Pflicht, die Besichtigung oder Untersuchung des Körpers zu dulden. Berechtigung und Duldungspflicht sind voneinander völlig unabhängig. Die letztere folgt keinesfalls aus der ersteren. Weder das materielle noch das formelle Zivilrecht geben also dem Richter die Möglichkeit, die Besichtigung des menschlichen Körpers zu erzwingen.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn sich jemand durch Vertrag verpflichtet, eine Untersuchung seines Körpers zu dulden? Derartige Verträge kommen alltäglich, besonders im Versicherungswesen, vor. Die Bedingungen einer Lebensversicherungsgesellschaft enthalten z. B. die Bestimmung, daß die Gesellschaft berechtigt ist, den Versicherungsvertrag fristlos zu kündigen, falls der Versicherungsnehmer bei seinem Abschluß ein altes Leiden verschwiegen hat. Die Bedingungen führen weiter aus, daß der Versicherungsnehmer verpflichtet ist, sich jederzeit auf Anfordern einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Die Gesellschaft erfährt nun, daß der Versicherte schon in der Zeit vor Abschluß des Vertrages an einer Krankheit litt und macht von ihrem Kündigungsrechte Gebrauch. Der Versicherte erkennt die Kündigung nicht an. Die Gesellschaft klagt auf Feststellung der Unwirksamkeit des Versicherungsvertrages. Im Prozeß verlangt sie nun von dem Beklagten, sich bedingungsgemäß ärztlich untersuchen zu lassen. Kann das Gericht im Weigerungsfalle den Beklagten dazu zwingen? Diese Frage ist m. E. zu verneinen. Zwar wird mitunter die Ansicht vertreten, daß die Verpflichtung zur Untersuchung zum Gegenstand einer selbständigen Klage gemacht werden und das Urteil nach §§ 888, 890 ZPO. zur Vollstreckung gebracht werden kann. Diese Ansicht ist m. E. nicht richtig; denn der menschliche Körper als Substanz, der ja keine „Sache" vorstellt, kann und darf nicht zum Gegenstand einer derartigen im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwirklichenden obligatorischen Verpflichtung werden. Trotzdem aber sind vertragliche Verpflichtungen wie die obigen praktisch nicht etwa wertlos. Weigert sich der Beklagte, seiner Verpflichtung, seinen Körper untersuchen zu lassen, nachzukommen, so tritt eine sogenannte Umkehrung der Beweislast ein. Derjenige, der dem

an sich beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhafter Weise unmöglich macht, kann sich, wenn er mit der Weigerung einer vertraglichen Verpflichtung zuwider handelt, nicht durch Berufung auf die den Gegner treffende Beweislast verteidigen, vielmehr hat ihm gegenüber die betreffende gegnerische Behauptung als wahr zu gelten, solange es ihm nicht gelingt, klarzulegen, daß sie unrichtig ist. Diese Ansicht wird insbesondere vom Reichsgericht vertreten[13], das sogar noch weitergeht und bei schuldhafter Vereitelung der Beweisführung, auch wenn eine vertragliche Verpflichtung nicht besteht, die Behauptungen des Beweisführers bis zum Nachweise ihrer Unrichtigkeit als richtig unterstellen will[14]. Der letztere Standpunkt ist m. E. nichts anderes als Beweiswürdigung im Rahmen des § 286 ZPO. Bei der Frage, ob die Vereitelung der gegnerischen Beweisführung schuldhaft ist, wird der Richter aber mit ganz besonderer Vorsicht urteilen müssen; die Weigerung allein, seinen Körper besichtigen zu lassen, wird er nicht als Schuldhaftigkeit betrachten dürfen, denn wenn das Gesetz das Recht gibt, — wenn auch nur in negativer Form — die Besichtigung seines Körpers zu verweigern, so kann es niemand als schuldhafte Vereitelung der Beweisführung des Gegners zugerechnet werden, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, ganz abgesehen davon, daß niemand verpflichtet ist, bei der Beschaffung von Unterlagen für die Beweisführung des Gegners mitzuwirken[15]. Kann man ja auch nie übersehen, aus welchem Grunde die Weigerung erfolgt. Um aus ihr die oben dargelegte Folgerung zu ziehen, müssen besondere Umstände zu der Weigerung hinzutreten. Liegt aber eine vertragliche Verpflichtung zur Duldung der körperlichen Untersuchung vor, dann widerspricht es auf jeden Fall dem in § 242 BGB. ausgesprochenen Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der dazu verpflichtete Beweisgegner die Untersuchung verweigert. Dann wird man immer die Behauptungen des Beweisführers als richtig unterstellen und es in Umkehrung der Beweislast dem Beweisgegner überlassen können, die Unrichtigkeit der Behauptungen des Beweisführers darzulegen und zu beweisen.

---

13) RG. 20, 5; 60, 147; Seuff. 63, 382.
14) RG. 60, 147.
15) RG. im Urt. v. 5. 6. 30 — IV 188/30.

Es gibt also im deutschen Zivilrecht nicht nur keinerlei positive Vorschriften materiellen oder formellen Inhalts, durch die ein Mensch gezwungen werden könnte, seinen Körper auch nur als Augenscheinsobjekt darzubieten, auch eine vertragliche Verpflichtung kann zu einem direkten Zwange, seinen Körper besichtigen zu lassen, nicht führen. Braucht aber der Mensch nicht einmal seinen Körper besichtigen zu lassen, so ist es selbstverständlich, daß er nicht gezwungen werden kann, selbst einen so harmlosen und schmerzlosen Eingriff in den Körper, wie ihn die Blutabzapfung zum Zwecke der Blutuntersuchung darstellt, zu dulden[16]. Endlich steht der Anwendung jeglichen Zwanges zur Hergabe von Blutstropfen zur Blutuntersuchung Art. 114 RV. entgegen, der die Freiheit der Person für unverletzlich erklärt. Daß die zwangsweise Blutentnahme aber einen Eingriff in diese unverletzliche Freiheit darstellen würde, bedarf keiner näheren Begründung. Nur auf Grund eines besonderen Gesetzes wäre gem. Art. 114 Abs. 1 Satz 2 RV. ein derartiger Eingriff möglich. Daß es aber bisher kein Gesetz gibt, daß ihn rechtfertigen würde, ist dargelegt worden. Die Vornahme einer Blutuntersuchung ist demnach nur möglich, wenn alle Beteiligten die erforderlichen Blutstropfen zur Verfügung stellen[17].

B.

Kann nun das Gericht aus der Weigerung eines Beteiligten, Blut zur Untersuchung herzugeben, gem. § 286 ZPO. nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung Schlüsse ziehen und kann deshalb dem neuen Beweismittel der Blutprobenuntersuchung unter Umständen auch im Falle seiner Undurchführbarkeit infolge Verweigerung der Hergabe von Blut ein gewisser prozessualer Wert beigemessen werden?

Unter dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist zu verstehen, daß die Frage, ob eine tatsächliche Behauptung wahr sei, dann bejaht werden darf, wenn der Richter als besonnener, gewissenhafter und lebenserfahrener Mann aus objektiven Gründen die gewonnene Wahrscheinlichkeit als genügend ansieht. Als Grundlage der Beweiswürdigung hat nicht nur

16) RG. in Entschdg. v. 5. 6. 1930, IV, 188/1930.

17) Hellwig in JW. 1930, 1558; Meyer S. 26; KG. im Beschl. 8 W 8587/29 v. 4. 4. 30.

das Ergebnis einer etwaigen Beweisführung, sondern der gesamte Inhalt des Rechtsstreites zu dienen. Der Richter kann sich grundsätzlich mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grade von Wahrscheinlichkeit begnügen, der alle erheblichen Zweifel ausräumt, ohne daß auch der geringste Zweifel unbedingt ausgeschlossen sein muß. Genügt nun auch diese große Wahrscheinlichkeit im Falle der §§ 1717 und 1591 BGB., die „offenbare Unmöglichkeit" der Abstammung verlangen? Diese Frage ist meines Ermessens unbedingt zu verneinen[1]. Wie in Teil I bereits dargelegt, ist das „offenbar unmöglich" in den genannten Paragraphen einem „nach menschlichem Ermessen völlig ausgeschlossen" gleichzusetzen. Das Gericht kann und darf sich also nicht mit einer selbst großen Wahrscheinlichkeit begnügen. Aus der Weigerung eines der Beteiligten, Blut zur Untersuchung zur Verfügung zu stellen, wird aber immer nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür geschaffen, daß der betreffende ein böses Gewissen hat und die Blutuntersuchung deshalb scheut, mehr aber nicht.

Praktisch sind wieder folgende 2 Fälle möglich:

1. Der Beklagte will durch Blutprobe beweisen, daß er nicht der Vater sein kann, 2. der Kläger (das Kind) oder die Kindesmutter wollen durch Blutprobe beweisen, daß der Zweitbeischläfer der Mutter als Vater nicht in Frage kommt und daß deshalb der Beklagte der Vater sein muß.

Wer nun auch die Blutprobe verweigern möge, Partei oder Zeuge, keinesfalls kann daraus mit Gewißheit entnommen werden, daß der in Frage kommende Mann — in Fall 1 der Beklagte, im Fall 2 der Zeuge — als Vater nicht in Betracht kommt. Nur eine gewisse Möglichkeit, nicht einmal Wahrscheinlichkeit hierfür ist dann vorhanden. Die §§ 1591 und 1717 BGB. erfordern aber, wie dargelegt — ein nach menschlichem Ermessen völlig ausgeschlossen, d. h. Gewißheit.

Im übrigen kann man gerade bei einem so neuen medizinischen Verfahren, wie es die Blutprobe darstellt, auch nie wissen, aus welchen Gründen die Verweigerung der Blutergabe erfolgt, ob nicht Furcht vor dem an und für sich schmerzlosen und unerheblichen Eingriff — zumeist ein Ritzen des Ohrläppchens — oder Mißtrauen gegen das Verfahren der Grund sind, ob nicht etwa die betreffende Partei oder der be-

1) So Hellwig in JW. 1928, 1558; Elwert in DRZ. 1919, Nr. 5, S. 188; anscheinend a. M. Meyer S. 26.

treffende Zeuge das Verfahren für noch nicht sicher und erprobt genug halten und deshalb fürchten, durch ein evtl. falsches Gutachten benachteiligt zu werden.

Auch das Kammergericht und das Reichsgericht haben in allerletzter Zeit die Frage, ob aus einer Verweigerung der Bluthergabe Schlüsse gezogen werden können, im ablehnenden Sinne beantwortet. Es führt aus, daß es zwar gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Beweisgegner sich der von ihm verlangten Untersuchung in dem Bewußtsein entzöge, daß sie den vom Gegner zu führenden Beweis erbringen werde. Davon kann aber bei der Blutuntersuchung schon deshalb keine Rede sein, weil keine Prozeßpartei sich eine bestimmte Vorstellung davon machen kann, ob eine Nicht-Uebereinstimmung der Blutgruppen festgestellt und damit die Abstammung widerlegt werden wird"[2].

C.

Das Ergebnis meiner Ausführung ist demnach kurz dahin zusammenzufassen, daß bei dem heutigen Stand der Gesetzgebung die Blutprobenuntersuchung als zulässiges Beweismittel im Vaterschaftsprozesse zu betrachten ist, daß sie aber nur durchführbar ist, wenn alle Beteiligten freiwillig das erforderliche Blut zur Verfügung stellen. Aus einer Verweigerung der Bluthergabe nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO. Schlüsse zu ziehen, ist nicht angängig.

III.

Aehnlich wie in der Zivilprozeßordnung liegen die rechtlichen Verhältnisse in der Reichsversicherungsordnung. Zwar kann nach § 1580 RVO. auf Ersuchen des Versicherungsträgers das Versicherungsamt eine Entscheidung treffen, ob und in welcher Weise der Unternehmer, in dessen Betrieb sich der Unfall ereignet hat, und der die Besichtigung der Unfallstätte durch den Versicherungsträger verweigert, den Augenschein zu dulden hat. Dieser Entscheidung muß sich der Unternehmer auch unterwerfen. Tut er es nicht, so kann die Orts-

2) Beschluß 8 W. 8587/29. RG. Entschdg. v. 5. 6. 1930, IV, 188/1930.

polizeibehörde ihn zur Gestattung der Einnahme des Augenscheins anhalten[1]. Insoweit kann also im Gegensatz zur ZPO. ein Zwang zur Duldung des Augenscheins ausgeübt werden. § 1580 RVO. betrifft aber nur eine Besichtigung der Unfallstätte. Der Augenschein beim menschlichen Körper, z. B. des Unfallverletzten, ist auf Grund der Vorschriften der RVO. genau so wenig erzwingbar, wie auf Grund der Vorschriften der ZPO. Nur daß die RVO. in einigen Bestimmungen das Recht des Verletzten am eigenen Körper dadurch einschränkt, daß sie bestimmte Folgen an die Verweigerung des Augenscheins oder einer Untersuchung des Körpers des Versicherungsnehmers knüpft. So kann nach § 176 RVO. durch die Satzung das Recht und die Wirksamkeit des Beitritts eines Versicherungspflichtigen zur Krankenkasse von der Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses abhängig gemacht werden[2]. Nach § 310 Abs. 3 RVO. kann darüber hinaus die Krankenkasse den Beitritt eines nur Versicherungsberechtigten sogar mit rückwirkender Kraft zurückweisen, wenn dieser sich ihrer Anordnung auf ärztliche Untersuchung nicht fügt[3]. Die genannten Vorschriften enthalten aber nur eine gesetzliche Regelung von Maßnahmen, zu denen eine Privatversicherungsgesellschaft ohne Weiteres berechtigt wäre. Hier ist aber nur die Frage von Interesse, ob ein bereits Versicherter vom Versicherungsträger zur Duldung des Augenscheins an seinem Körper oder zur Untersuchung seines Körpers gezwungen werden kann. Die für diese Frage in erster Linie in Betracht kommenden Bestimmungen sind die über die Unfallversicherung. Hier geht das Gesetz davon aus, daß das gesamte Verhältnis zwischen Versicherungsträger und Versichertem von Treu und Glauben beherrscht sein muß. An diesem Grundsatz vom Treu und Glauben findet das freie Selbstbestimmungsrechts des Verletzten über seinen Körper seine Grenzen. Soll der Versicherungsträger einem Unfallverletzten Schaden ersetzen, insbesondere z. B. eine Rente gewähren, so müßte es eigentlich selbstverständlich sein, daß er das Recht hat, den Verletzten untersuchen zu lassen. Dieses Recht gibt ihm aber die RVO. nur in beschränktestem Umfange, da sie dem Versicherungsträger keine Möglichkeit gibt, den Verletzten zu zwingen, sich

1) Stier-Somlo Anm. 2 zu § 1580.
2) RVO. Anm. 10 zu § 176.
3) RVO. Anm. 7 zu § 310.

ärztlich untersuchen zu lassen. Es ist vielmehr nur zu prüfen, ob dem Verletzten nach Treu und Glauben die Untersuchung zuzumuten ist. Ist dies der Fall und verweigert er sie trotzdem grundlos, so wird der Versicherungsträger stets berechtigt sein, den nach Lage der Verhältnisse bezügl. seiner Entschädigungspflicht für den Verletzten ungünstigsten Schluß auf seinen Körperzustand zu ziehen[4]. Auch hier herrscht also ähnlich wie in der ZPO. der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, nur daß ihr Rahmen durch die Beschränkung auf ein Gebiet enger begrenzt ist. Aber es gibt in der RVO. auch ausdrückliche Bestimmungen, die das Recht des Verletzten am eigenen Körper einschränken. So gibt § 606 RVO. dem Versicherungsträger das Recht gänzlicher oder teilweiser Versagung des Schadensersatzes auf Zeit, wenn der Verletzte eine Anordnung, welche die Krankenbehandlung betrifft, ohne gesetzlichen oder sonst triftigen Grund nicht befolgt. Diese Vorschrift zwingt also den Verletzten, sich jeder Zeit ärztlich untersuchen zu lassen, sich die erforderlichen Verbände anlegen zu lassen, Medizin einzunehmen und sogar auch mit der Behandlung evtl. verbundene Schmerzen in Kauf zu nehmen, wenn er des Schadensersatzes nicht zeitweise verlustig gehen will. Diese Pflicht des Verletzten findet aber gleichfalls ihre Grenzen in dem Grundsatz von Treu und Glauben. Sind beispielsweise die durch die Behandlung hervorgerufenen Schmerzen besonders heftig, so ist dem Verletzten nicht zuzumuten, diese Behandlung weiter zu dulden; dann liegt ein triftiger Grund vor, der ihn berechtigt, sich nicht weiter in gleicher Weise behandeln zu lassen. Auch Operationen braucht der Verletzte nicht ohne Weiteres an sich vornehmen zu lassen, soweit sie in den Bestand oder die Unversehrtheit des Körpers eingreifen oder nicht ohne Lebensgefahr vorgenommen werden können. Eine weitere Voraussetzung der Verpflichtung zu einer Operation liegt darin, daß nach dem Gutachten maßgebender Sachverständiger die Operation so gefahrlos ist, wie man überhaupt nach dem Stande der Wissenschaft von Gefahrlosigkeit sprechen kann. Damit scheiden aber von vornherein alle in Chloroformnarkose vorzunehmenden Operationen aus, da in der Narkose allein bereits eine gewisse Gefahr liegt. Weitere Voraussetzung der Duldungspflicht ist aber

4) Breith. 10, 31.

auch, daß die Operation nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft ist. und mit größter Wahrscheinlichkeit zu einer beträchtlichen Besserung des Verletzten führt[5]. Liegen all die genannten Voraussetzungen nicht vor, so ist für den Verletzten ein triftiger Grund zur Weigerung im Sinne des § 606 RVO. gegeben[6].

Vorschriften über die Untersuchung des menschlichen Körpers enthalten auch noch die in erster Linie mit der ZPO. vergleichbaren Vorschriften des 6. Buches der RVO., die Verfahrensvorschriften. Sowohl im Feststellungsverfahren nach § 1619 RVO. als im Spruchverfahren nach §§ 1652, 1655 RVO. kann zunächst der Vorsitzende wie der ordentliche Richter das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen. Während aber im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten die Parteien nur durch Geldstrafen zum Erscheinen angehalten werden können und nur in den seltensten Fällen im Wege der freien Beweiswürdigung aus ihrem Nichterscheinen werden Schlüsse gezogen werden können, gibt es für das Verfahren vor den Versicherungsämtern eine positive Vorschrift, aus der folgt, daß das Nichterscheinen trotz Anordnung bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist. Diese Vorschrift ist § 40 der Verordnung über den Geschäftsgang und das Verfahren der Versicherungsämter vom 24. Dezember 1911, der ausdrücklich bestimmt, daß im Falle der Anordnung des persönlichen Erscheinens einer Partei ihr zu eröffnen ist, daß aus ihrem Nichterscheinen ungünstige Schlüsse für ihren Anspruch gezogen werden können.

Nach § 1619 und 1652 RVO. kann der Vorsitzende auch die ärztliche Begutachtung des Gesundheitszustandes des Antragstellers anordnen. Wie die ZPO. bietet aber auch die RVO. kein Mittel, den Antragsteller zur Duldung einer körperlichen Untersuchung zu zwingen ,falls er sie verweigert. Aus der Erscheinenspflicht können zwar, falls ihr nicht Folge geleistet wird, wie oben bereits ausgeführt, evtl. Schlüsse gezogen werden, keinesfalls kann aber aus ihr eine Untersuchungspflicht abgeleitet werden. Es mangelt also auch in der RVO. an einer Vorschrift, die die Ausübung eines direkten Zwanges zur Duldung der körperlichen Untersuchung sanktioniert. Eine

5) So Eu, M 13, 355.
6) Anm. 2 zu § 606.

derartige positive Vorschrift wäre aber gemäß Artikel 114 RV. erforderlich, um den dort gewährleisteten Grundsatz der Unverletzlichkeit der körperlichen Integrität zu durchbrechen.

Auch in dem Unfall-Untersuchungs-Verfahren der §§ 1559 ff. RVO. durch die Ortspolizeibehörde darf der Körper des Verletzten nicht zwangsweise untersucht werden. Hat sich ein Unfall ereignet, so hat gemäß § 1569 RVO. die Ortspolizeibehörde den Sachverhalt festzustellen. Zu den von ihr zu treffenden Feststellungen gehört auch die Art der Verletzung (§ 1565 RVO.). Sie kann deshalb eine ärztliche Untersuchung des Verletzten anordnen, kann diesen aber, wenn er sich weigert, auf keine Weise dazu zwingen. Oft wird es nötig sein, um den ursächlichen Zusammenhang festzustellen, eine Leichenöffnung vorzunehmen. Aber auch nicht einmal hierzu ist die Polizei ohne weiteres berechtigt. Auch hier ist die Zustimmung der Hinterbliebenen erforderlich[7]. Selbstverständlich können aus der Weigerung Schlüsse gezogen werden, wenn es die Art des Falles erlaubt.

IV.

Auch im Strafprozeß kann die Frage der Erzwingbarkeit der Bluthergabe zum Zwecke der Blutuntersuchung aktuell werden. So kann z. B. durch Blutgruppenuntersuchung im Meineidsverfahren gegen die Kindesmutter festgestellt werden, ob diese in der Empfängniszeit tatsächlich nur mit A verkehrt hat, wie sie im Zivilprozeß unter ihrem Eide ausgesagt hat, oder ob die Abstammung des Kindes von A offenbar unmöglich ist und die Kindesmutter also auch mit einem anderen Manne verkehrt haben muß. Dies ist der Fall, wenn die Blutuntersuchung negativ ausfällt. Ein weiterer Fall, bei dem die Blutgruppenuntersuchung im Strafverfahren praktisch werden kann, ist der, daß durch die Untersuchung von Blutstropfen auf der Kleidung eines im Mordverdacht Stehenden und seines eigenen Blutes festgestellt werden soll, ob die Blutstropfen auf der Kleidung Blut des Verdächtigen selbst sind, wie dieser behauptet, oder Blut des Ermordeten. Kann nun im Weigerungsfalle der Angeklagte oder ein Zeuge zur Bluthergabe gezwungen werden? Gibt es in der Strafprozeßordnung eine Bestimmung, auf Grund derer oder in deren analoger Anwendung ein derartiger Zwang ausgeübt werden könnte? Zur Be-

antwortung dieser Frage muß zunächst, ebenso wie im Zivilprozeß geprüft werden, ob der Augenschein am menschlichen Körper und darüber hinaus dessen Untersuchung erzwungen werden kann.

„Augenschein ist diejenige Prozeßhandlung, die der Richter in der gesetzlich vorgeschriebenen Form vornimmt, um sachliches Beweismaterial zum Zwecke der unmittelbaren Aufnahme des Beweises seiner eigenen Wahrnehmung zu unterstellen"[1].

Ueber die Zulässigkeit des Augenscheines, der an Sachen oder Personen eingenommen werden kann, besteht kein Zweifel, da er in § 86 StPO. ausdrücklich erwähnt ist. Sonderbarerweise enthält das Gesetz aber keinerlei Bestimmung über die Voraussetzungen, unter denen seine Einnahme gestattet ist. M. E. ist es aber nicht möglich, deshalb, wie es von manchen Seiten geschieht,[2] eine unbegrenzte Pflicht zur Augenscheinsduldung zu konstruieren. Wenn auch die StPO. nichts über die Voraussetzungen der Augenscheinseinnahme ausführt, so kann eine derartige Handhabung keineswegs im Willen des Gesetzgebers gelegen haben, denn sonst hätte er es bei einer so tief in die verfassungsmäßig garantierten persönlichen Freiheitsrechte einschneidenden Maßnahme, wie sie insbesondere der Augenschein am menschlichen Körper darstellt, im Gesetz ausdrücklich festlegen müssen und festgelegt. Unbestreitbar ist, daß der Augenschein im Strafprozeß unentbehrlich ist. Er ist ja auch in § 86. StPO. gesetzlich verankert. Von welchen Voraussetzungen ist nun die Einnahme des Augenscheines im allgemeinen, des Augenscheins am menschlichen Körper im besonderen abhängig?

Augenschein ist, wie bereits ausgeführt, nach Meyer eine Prozeßhandlung, die der Richter oder Sachverständige zum Zwecke der unmittelbaren Aufnahme des Beweises durch eigene Wahrnehmung vornimmt. Es ist also erforderlich, daß der betreffende Gegenstand oder die betreffende Person zur Verfügung des Richters oder Sachverständigen stehen. Ist dies nicht der Fall, so muß es zwangsweise durchgesetzt werden. Selbstverständlich darf aber dieser Zwang nur auf Grund und im Rahmen gesetzlicher Bestimmungen ausgeübt

---

1) Meyer S. 9.
2) Planck S. 223; Geyer S. 488 III; Meyer S. 33.

werden. Die hier in Frage kommenden Bestimmungen sind die Beschlagnahme nach § 94. StPO. und die Durchsuchung nach §§ 102, 103 StPO., je nachdem, ob es sich um die Sicherstellung von Beweismitteln oder um der Einziehung unterliegende Gegenstände handelt, oder ob der Zweck der Maßnahme erst die Auffindung von Beweismitteln oder die Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung ist. Liegen aber die Voraussetzungen der Beschlagnahme oder Durchsuchung vor, dann ist selbstverständlich auch die weit weniger einschneidende Maßnahme der zwangsweisen Augenscheinseinnahme als zulässig zu erachten. Dieser mir richtig scheinende Standpunkt wird vom RG.[3] und einem großen Teil der Literatur[4] vertreten.

Während die Zulässigkeit des Augenscheines sich aus § 86 StPO. ergibt, ist die körperliche Untersuchung, die eine für das Strafverfahren unentbehrliche und ja auch von sämtlichen deutschen Gerichten ständig zur Anwendung gebrachte Maßnahme darstellt, in der StPO. überhaupt nicht erwähnt, Kann man daraus etwa schließen, daß sie mit dem Augenschein oder mit der Durchsuchung identisch ist? Daß diese Frage zu verneinen ist, ergibt sich ohne weiteres bei einer genauen Betrachtung des Wesens und des Zweckes der drei genannten Maßnahmen.

Der Augenschein soll dem Richter oder Sachverständigen ermöglichen, sachliches Beweismaterial seiner sinnlichen Wahrnehmung, sei es durch Besichtigen oder Fühlen, durch Hören oder Riechen, zu unterstellen, um Tatsachen, z. B. das Vorhandensein einer Wunde am Körper des Verletzten, selbst festzustellen. Der Zweck der Untersuchung ist es, darüber hinaus das Beweismittel auf sein Wesen und seine Beschaffenheit zu prüfen.

Die „Durchsuchung" nach §§ 102, 103 StPO. ist eine Maßnahme, die das Gericht zwangsweise zur Erlangung von Beweisstücken, Einziehungsgegenständen, zur Ergreifung des Beschuldigten selbst und schließlich zur Verfolgung von Spuren einer Straftat gewaltsam durchsetzen kann. „Untersuchung" dagegen bedeutet, wie bereits ausgeführt, die Prüfung eines Ge-

3) RG. 14, 189.
4) John I S. 724 ff.; Stenglein 5 zu § 86; Bennecke-Beling S. 336; a. M. Möhring.
5) a.a.O. S. 9.

genstandes auf sein Wesen und seine Beschaffenheit. So untersucht man z. B. einen Edelstein auf seine Reinheit, einen Stoff auf seine Zusammensetzung usw. Bei der Untersuchung des menschlichen Körpers handelt es sich also darum, die äußere Beschaffenheit oder den inneren Zustand des Körpers zu erforschen. Beling[6] definiert die körperliche Untersuchung als eine „auf sinnliche Wahrnehmung der physischen Beschaffenheit eines menschlichen Körpers gerichtete, den letzteren unmittelbar erfassende Tätigkeit einer Person". Zwischen „Durchsuchung" und „Untersuchung" besteht also ein großer Unterschied. Eine Durchsuchung einer Person liegt vor, wenn ein in ihrer Kleidung oder ihrem Körper, z. B. unter der Zunge vermutlich verborgenes Beweismittel gefunden werden soll. Bei der Untersuchung bildet der Körper selbst das Beweismittel. Die Untersuchung dient nur zur Feststellung seiner physischen Beschaffenheit, aus der dann die Beweisfolgerungen zu ziehen sind. Werden z. B. bei einem Strafverfahren wegen Notzucht die Geschlechtsteile des betreffenden Mädchens untersucht, so geschieht dies, um aus dem Ergebnis der ärztlichen Untersuchung Schlußfolgerungen zu ziehen. Der Körper des Mädchens selbst ist das Beweismittel, die Untersuchung erfolgt nur auf seine physische Beschaffenheit. Steht dagegen z. B. eine Frau im Verdacht, Diamanten gestohlen und sie in ihrem Geschlechtsteil verborgen zu haben, und wird dieser daraufhin auf das Vorhandensein der Diamanten untersucht, so dient nicht der Körper als Beweismittel, sondern man will nur in ihm ein mit ihm überhaupt nicht zusammenhängendes, von außen hineingelangtes Beweismittel entdecken. Dann aber handelt es sich nicht um eine Untersuchung, sondern um eine Durchsuchung im Sinne der §§ 102, 103 StPO. Es ist also nicht möglich, den Begriff der körperlichen Untersuchung ohne weiteres unter den Begriff der Durchsuchung oder des Augenscheins zu subsummieren.

Die körperliche Untersuchung muß vielmehr als eine selbständige Prozeßmaßnahme betrachtet werden, die trotz ihrer Unentbehrlichkeit für das Strafverfahren im Gesetz unerklärlicher Weise nicht einmal erwähnt ist. Daraus ist aber keineswegs zu schließen, daß sie überhaupt nicht zulässig ist. Die Durchsuchung, die die Körperintegrität oftmals stär-

6) Zeitschr. f. d. ges. strafr. Wissenschaft S. 472.

ker beeinträchtigt als eine körperliche Untersuchung, und die Augenscheinseinnahme sind in der StPO. ausdrücklich gestattet. Es ist also keinesfalls anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Zulässigkeit der körperlichen Untersuchung ausschließen wollte, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß die Bedeutung der Untersuchung für das Strafverfahren ebenso groß ist, wie die des Augenscheins oder der Durchsuchung. Wie aber die Durchsuchung nur unter der Voraussetzung der §§ 102, 103 StPO. und der Augenschein nur unter den oben dargelegten Voraussetzungen zulässig und erzwingbar sind, so ist auch die Untersuchung selbstverständlich nicht unumschränkt gestattet und erzwingbar. Welches sind nun die Voraussetzungen der körperlichen Untersuchung?

Augenschein und körperliche Untersuchung sind zwar, wie oben dargelegt, keineswegs identisch. Die Untersuchung hat aber mit dem Augenschein eine große Anzahl Berührungspunkte, viel mehr als mit der Durchsuchung. So bildet bei Augenschein und Untersuchung der Körper selbst das Beweismittel, während er bei der Durchsuchung nur der Auffindung des Beweismittels dient. Weiterhin schließt die Untersuchung stets notwendig eine Augenscheinseinnahme in sich, die Durchsuchung nicht. Deshalb wird man nach der ratio legis für die Frage der Zulässigkeit und Erzwingbarkeit die Untersuchung dem Augenschein gleichstellen können, d. h. die körperliche Untersuchung ist nur dann zulässig und erzwingbar, wenn die Voraussetzungen des Augenscheins gegeben sind. Da aber die Augenscheinseinnahme wieder von den Voraussetzungen der Beschlagnahme oder Durchsuchung abhängig ist, kann man die Zulässigkeit der körperlichen Untersuchung auch anders so formulieren: Die körperliche Untersuchung ist, analog dem Augenschein, nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der Beschlagnahme oder der Durchsuchung vorliegen.

Zu diesem Ergebnis gelangt neben einer Anzahl Schriftsteller insbesondere auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 11. V. 1886[7].

Kann nun im Meineidsverfahren, wenn sämtliche Voraussetzungen der körperlichen Untersuchung gegeben sind, die Mündelmutter zur Hergabe einiger Blutstropfen gezwun-

7) R.G. 18, 189; ferner R.G. Rechtspr. 8, 454.

gen werden, um durch Blutgruppenuntersuchung festzustellen, ob der auf Grund ihrer Aussage im Zivilprozeß allein als Vater in Frage kommende Mann garnicht als Vater in Frage kommen kann und ob sie daher einen Meineid geleistet hat?

Die Entnahme einiger Blutstropfen geht zweifellos über eine reine Untersuchung hinaus und bedeutet einen, wenn auch nur unerheblichen Eingriff in die körperliche Integrität. Muß sich die Untersuchung auf ein Absuchen, Betasten und Besichtigen beschränken oder ist etwa auch ein derartiger Eingriff gestattet? Mergenthaler[8] hält den Eingriff in die Substanz des Körpers für zulässig und sieht als entscheidendes Moment für seine Ausführbarkeit die mehr oder weniger große Schädigung des Körpers zur Zeit der Vornahme des Eingriffs an. Kreß[9] erklärt diejenigen Eingriffe in die Substanz für unzulässig, durch die der Körper, „seiner ganzen gewöhnlichen Gestaltung nach affiziert wird". Beider Ansicht ist m. E. falsch. Maßgebend für die Frage des Eingriffs ist auch hier vor allem Artikel 114 Abs. 1 RV. der die persönliche Freiheit des Individuums garantiert. Danach sind also, wenn nicht ein besonderer Rechtstitel vorhanden ist, alle Eingriffe, gleich welcher Art, auch wenn sie keine Spuren zurücklassen, und selbst wenn sie nicht mit Schmerzen oder Mißbehagen verbunden sind, unzulässig. Die zwangsweise Blutentnahme ist deshalb ebenso wie im Zivilprozeß auch im Strafprozeß nicht durchführbar[10].

V.

Schließlich sei noch kurz auf die Frage der Zulässigkeit einer zwangsweisen körperlichen Untersuchung im Beamtenrecht eingegangen. Aktuell werden kann diese Frage bei Zwangspensionierung vor Erreichung der gesetzlichen Altersgrenze (§ 61 ff. RBG.). Voraussetzung der Zwangspensionierung ist, daß der Beamte durch Blindheit, Taubheit oder ein sonstiges körperliches Gebrechen oder wegen Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung seiner Amtspflichten dauernd unfähig ist. Es ist nicht Sache dieser Arbeit, die einzelnen Punkte des Zwangspensionierungsverfahren darzulegen. Unbestreitbar ist jedenfalls, daß, wenn der Beamte

8) S. 48.
9) S. 225.
10) RG. in Entschdg. IV 188 aus 1930 vom 5. 6. 30; KG. in DJZ. 1929 Sp. 1348.

gegen seine beabsichtigte Zwangspensionierung Einwendungen erhebt und dem Verfahren Fortgang gegeben werden soll (§§ 63, 64 RBG.), die Dienstunfähigkeit völlig einwandfrei festgestellt sein muß. Diese Feststellung wird, abgesehen von ganz zweifelsfreien Fällen, zumeist nur auf Grund eines ärztlichen Gutachtens getroffen werden können. Die Zulässigkeit einer derartigen ärztlichen Untersuchung folgt aus § 64 RBG., wo von Zeugen und Sachverständigen die Rede ist. Verweigert nun der Beamte die körperliche Untersuchung, in der Hoffnung, dadurch die Feststellung einer vorhandenen Krankheit und damit seine Zwangspensionierung unmöglich zu machen, so kann er dazu nicht gezwungen werden. Kann er aber für die Weigerung einen ausreichenden Grund nicht glaubhaft machen, so kann diese schwerwiegende Folgen für ihn haben. Es können einmal aus der Weigerung ungünstige Schlüsse für ihn gezogen werden, vor allem aber macht er sich disziplinarisch strafbar, da die Weigerung eine Verletzung der Treupflicht des Beamten gegenüber dem Staate darstellt[1].

Die Pensionierung der preußischen Beamten erfolgt auf Grund des Gesetzes betreffend die Pensionierung der unmittelbaren Staatsbeamten, sowie der Lehrer und Beamten an den höheren Unterrichtsanstalten mit Ausschluß der Universitäten vom 27. 3. 1872. Dieses Gesetz enthält im Gegensatz zu dem RBG. keine genauen Vorschriften über das Zwangspensionierungsverfahren. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens ergibt sich nur aus der Allgemeinbestimmung des § 1. Die Durchführung des Verfahrens wird deshalb dem § 64 RBG. entsprechend zu regeln sein[2]; die für das RBG. geltenden Grundsätze über die zwangsweise körperliche Untersuchung sind deshalb als auch für die Zwangspensionierung der preußischen Beamten zutreffend zu erachten.

VI.

Da mit der Blutuntersuchung ein wichtiges neues Beweismittel im Vaterschaftsprozeß geschaffen worden ist, dieses aber durch die Verweigerung freiwilliger Bluthergabe völlig illusorisch gemacht werden kann, will ich kurz die Möglichkeit eines evtl. zu schaffenden Gesetzes streifen, durch das die

1) Brand Anm. 3 zu § 106 Abschn. 3 S. 384; Disz. H. 8. 7. 01 bei v. Rheinbaben S. 382.

2) Brand Anm. 4 zu § 106 Abschn. 3 S. 384.

zwangsweise Abzapfung einiger Blutstropfen zulässig würde. Zwar ist, wie bereits dargelegt, in einer zwangsweisen Blutstropfenentnahme zweifellos ein Eingriff in die Freiheit der Person zu erblicken, deren Unverletzlichkeit grundsätzlich durch Artikel 114 Abs. 1 Satz 1 RV. gewährleistet wird. Artikel 114 Abs. 1 Satz 2 RV. gestattet jedoch die Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt auf Grund von Gesetzen. Ein derartiges Gesetz, das eine gewisse Aehnlichkeit mit dem zu schaffenden Blutprobengesetz aufweisen würde, ist z. B. das Impfgesetz. Rein rechtlich wäre also die Schaffung eines Gesetzes, durch das die zwangsweise Blutentnahme möglich wird, zulässig. Zweifelhaft erscheint mir aber, ob dieses Gesetz moralische Berechtigung hätte. Das Impfgesetz ist geschaffen worden mit Rücksicht auf das allgemeine Volkswohl, während ein Gesetz, das zur Bluthergabe zum Zwecke des negativen Vaterschaftsnachweises durch Blutprobenuntersuchung zwingen würde, nur den Interessen eines einzelnen dienen würde. Deshalb würde es m. A. nach zu weit gehen, eines der wichtigsten Grundrechte der Reichsverfassung, die Unverletzlichkeit der persönlichen Freiheit, insoweit aufzuheben.

VII.

Nicht unerwähnt bleiben soll, daß in allerletzter Zeit auf dem Gebiete der Blutuntersuchung weitere begeutende Fortschritte gemacht worden sind, deren forensische Verwertbarkeit allerdings noch in weiter Ferne liegt. So will der dänische Blutgruppenforscher Thomsen zu den bekannten 4 Blutgruppen zwei weitere neue Gruppen gefunden haben. Ist Thomsen's Ansicht richtig, so wird in einer Reihe von Fällen, in denen die Blutgruppenprobe bisher versagt hat, ein verwertbares Ergebnis zu erzielen sein. Der Wert der Blutuntersuchung als Beweismittel würde also erheblich steigen[1].

Weiterhin will der kürzlich verstorbene Professor Zangemeister aus Königsberg ein Verfahren entdeckt haben, das im Gegensatz zu der heute üblichen Blutgruppenuntersuchung den positiven Vaterschaftsbeweis ermöglicht.

1) Hellwig in JW. 1930, 1557 Anm. 8.

Lebenslauf.

Ich bin als Sohn des Kaufmanns Gustav Elias und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Schlesinger, am 2. Oktober 1906 zu Gleiwitz OS. geboren. Ich besuchte zunächst das Gymnasium zu Gleiwitz und ab August 1921 das städtische Johannes-Gymnasium zu Breslau, an dem ich Ostern 1925 die Reifeprüfung abgelegt habe. Dann studierte ich an der Freiburger Universität und an der Friedrich Wilhelms-Universität in Breslau. Am 26./27. September 1928 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung.